

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
ANTONIO TIZZANO  
vom 25. März 2004<sup>1</sup>

1. In dieser Rechtssache wird der Gerichtshof ersucht, zu klären, ob es eine von Artikel 43 EG verbotene Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt, wenn das Recht eines Mitgliedstaats die Verzinsung für auf Euro lautende laufende Konten „auf Sicht“ untersagt, soweit es auf ein Tochterunternehmen Anwendung findet, das in diesem Mitgliedstaat von einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen juristischen Person gegründet wird.

unmittelbar zur Lösung der vom vorliegenden Gericht gestellten Fragen beiträgt, im Verlauf der Erörterung vor dem Gerichtshof mehrmals geltend gemacht wurde.

## I — Rechtlicher Rahmen

4. Ich erinnere daher zunächst daran, dass die Richtlinie das Recht der Freiheiten der Niederlassung und der Dienstleistung im Bereich des Bankkredits, das durch mehrere Richtlinien zur Umsetzung der Artikel 43 ff. EG eingeführt worden war, vollständig neu regelt.

### A — *Gemeinschaftsrecht*

2. Die vorliegende Rechtssache betrifft im Wesentlichen Bestimmungen des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit und insbesondere Artikel 43 EG.

5. Die Richtlinie bestimmt u. a., dass nur die von den zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats zugelassenen Kreditinstitute Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegennehmen dürfen (Artikel 1, 3 und 4); weiterhin ist vorgesehen, dass diejenigen Institute, die Rechtspersönlichkeit haben und einer Reihe harmonisierter Anforderungen<sup>3</sup> genügen, Banktätigkeiten, für die sie eine Zulassung haben, außer

3. Außerdem ist die Richtlinie 2000/12/EG<sup>2</sup> zu erwähnen, die, auch wenn sie nicht

1 — Originalsprache: Italienisch.

2 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. März 2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (ABl. L 126, S. 1) (im Folgenden: Richtlinie 2000/12 oder Richtlinie).

3 — Insbesondere in Bezug auf: Anfangskapital, Artikel 5; Anforderungen an die für die Leitung verantwortlichen Personen und Sitz der Hauptverwaltung, Artikel 6; Eigenschaften der Aktionäre und Gesellschafter, die eine qualifizierte Beteiligung halten, Artikel 7; Geschäftspläne, Artikel 8.

in dem Staat, in dem sie zugelassen sind und ihren Sitz haben, auch in jedem anderen Mitgliedstaat über eine Zweigstelle ohne Rechtspersönlichkeit oder im Wege des Dienstleistungsverkehrs gemäß einem System der gegenseitigen Anerkennung der Zulassungen ausüben können (Artikel 18).

## B — Nationales Recht

6. Artikel L.312-3 des Code monétaire et financier (Partie Législative) (französisches Gesetzbuch über das Währungs- und Finanzwesen; im Folgenden: Code monétaire) bestimmt für die Verzinsung von Sichteinlagen oder Einlagen auf weniger als fünf Jahre:

„Unbeschadet entgegenstehender Bestimmungen ist es jedem Kreditinstitut, das Einlagen auf Sicht oder auf weniger als fünf Jahre auf welche Weise auch immer vom Publikum entgegennimmt, untersagt, diese Einlagen mit einem Satz zu verzinsen, der höher ist als der [durch Verordnung des Comité de la réglementation bancaire et financière (Ausschuss für Banken- und Finanzregulierung) <sup>[4]</sup> oder] vom Wirtschaftsminister festgesetzte Satz.“ <sup>5</sup>

4 — Durch Artikel 46 des Gesetzes Nr. 2003-706 vom 1. August 2003 (veröffentlicht im *Journal Officiel* vom 2. August 2003) wurden die im Text in eckige Klammern gesetzten Wörter in Artikel L.312-3 gestrichen; gleichzeitig bestimmt indessen Artikel 47 dieses Gesetzes die Fortdauer der Geltung der Verordnungen des Ausschusses für Bankenregulierung. Keine wesentliche Änderung ist allerdings im Hinblick auf den im vorliegenden Fall relevanten rechtlichen Rahmen erfolgt, wie die französische Regierung in Beantwortung einer Frage des Gerichtshofes ausdrücklich bestätigt hat.

5 — Nicht amtliche Übersetzung.

7. Nach der Verordnung Nr. 86-13 des Comité de la réglementation bancaire (Ausschuss für Bankenregulierung; im Folgenden: Ausschuss) <sup>6</sup> ist die Verzinsung der Sichteinlagen auf Girokonten <sup>7</sup> verboten.

8. Das Verbot findet auf Sichteinlagen auf Girokonten Anwendung, die in Euro geführt werden und auf Personen mit Wohnsitz in Frankreich eingetragen sind.

## II — Sachverhalt und Verfahren

9. Im Laufe des Jahres 2002 teilte die CaixaBank France (im Folgenden: Klägerin), ein französisches Tochterunternehmen der spanischen Caixa Holding, dem Ausschuss mit, sie wolle ein Girokonto „auf Sicht“ mit einer Verzinsung von 2 % ab einem Habenssaldo von 1 500 Euro auf den Markt bringen.

10. Mit Beschluss vom 16. April 2002 untersagte der Ausschuss der Klägerin, neue Verträge über verzinste Sichtkonten zu schließen, die auf in Frankreich ansässige Personen lauten, und forderte sie gleichzeitig

6 — Siehe Fußnote 4.

7 — Die Verordnung Nr. 92-13 des Ausschusses hat das Verbot auf die Einlagetätigkeit in Frankreich von Zweigstellen von Banken erstreckt, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben.

auf, für bereits zustande gekommene Verträge die Klauseln zu kündigen, die die Verzinsung vorsahen.

11. Die Klägerin focht diese Entscheidung vor dem Conseil d'État an und machte insbesondere geltend, dass das Verbot, Sichtkonten von Inländern zu verzinsen, im Widerspruch zu den Bestimmungen des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit stehe.

12. Der Conseil d'État hielt die Frage für entscheidungserheblich, setzte das Verfahren aus und legte dem Gerichtshof die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vor:

1. Stellt es angesichts des Schweigens der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. März 2000 eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, wenn ein Mitgliedstaat den in seinem Hoheitsgebiet ordnungsgemäß niedergelassenen Kreditinstituten verbietet, Sichteinlagen und andere rückzahlbare Gelder zu verzinsen?
2. Wenn die erste Frage bejaht wird, welche Art von Gründen des Allgemeininteresses könnten dann gegebenenfalls angeführt werden, um eine solche Beschränkung zu rechtfertigen?

13. Erklärungen vor dem Gerichtshof haben abgegeben: die Klägerin, die BNP Paribas und andere französische Banken, die inzwischen dem Ausgangsverfahren als Streithelferinnen beigetreten sind, die französische Regierung und die Kommission.

### III — Rechtliche Würdigung

#### *Zur ersten Frage*

14. Zu dieser Frage können die Stellungnahmen der Beteiligten wie folgt zusammengefasst werden.

15. Die Klägerin und die Kommission machen im Wesentlichen geltend, dass die Anwendung der streitigen Maßnahme die effektive und rentable Kreditfähigkeit behindere, was von Artikel 43 EG, wie er in der Gemeinschaftsrechtsprechung, insbesondere in den Urteilen Kraus<sup>8</sup>, Gebhard<sup>9</sup> und Pfeiffer<sup>10</sup>, ausgelegt werde, verboten sei. Das entsprechende Vorbringen wird, soweit erforderlich, im Folgenden berücksichtigt.

8 — Urteil vom 31. März 1993 in der Rechtssache C-19/92 (Kraus, Slg. 1993, I-1663).

9 — Urteil vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-55/94 (Gebhard, Slg. 1995, I-4165).

10 — Urteil vom 11. Mai 1999 in der Rechtssache C-255/97 (Pfeiffer, Slg. 1999, I-2835).

16. Die Kommission hält es außerdem für zweckmäßig, die Vereinbarkeit der französischen Regelung mit dem EG-Vertrag auch im Hinblick auf ihre eventuelle Anwendung auf Zweigstellen von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Kreditinstituten zu untersuchen. Auch unter diesem Gesichtspunkt stehe diese Regelung im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht, da sie auch einen Verstoß gegen die harmonisierten Rechtsvorschriften enthalte, die in der Richtlinie 2000/12 für Zweigstellen vorgesehen seien.

17. Nach Auffassung Frankreichs und der als Streithelferinnen beigetretenen französischen Banken dagegen verpflichtet Artikel 43 EG in seiner Auslegung durch den Gerichtshof<sup>11</sup> im Wesentlichen den Niederlassungsstaat, den Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten in Bezug auf die Bedingungen für die Aufnahme und die Ausübung der selbständigen Tätigkeiten die gleiche Behandlung wie den eigenen Staatsangehörigen zu garantieren und jede unmittelbare oder auch nur mittelbare und verdeckte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit der Gemeinschaftsbürger zu untersagen.

18. Zudem könnten unterschiedslos anwendbare Maßnahmen eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nur dann darstellen, wenn sie den Zugang zu einer Berufstätigkeit betreffen, jedoch nicht, wenn

sie, wie im vorliegenden Fall, deren Ausübung regelten<sup>12</sup>.

19. Die beschränkenden Wirkungen einer Maßnahme wie der in Rede stehenden seien jedenfalls zu ungewiss und zu indirekt, um als eine den EG-Vertrag verletzende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit angesehen zu werden.

20. Nach diesen Ausführungen gehe ich nun dazu über, meine Würdigung des Falles darzulegen.

#### a) Vorbemerkung

21. Ich muss zunächst darauf hinweisen, dass der Conseil d'État den Gerichtshof fragt, ob der EG-Vertrag der Anwendung der streitigen Maßnahme auf ein französisches Tochterunternehmen einer ursprünglich in einem anderen Mitgliedstaat gegründeten Bank entgegensteht. Der Tatbestand ist also der der Ausübung der Freizügigkeit durch die Niederlassung einer Gesellschaft mit selbständiger Rechtspersönlichkeit, eines Tochterunternehmens also.

11 — Siehe Urteile vom 18. Juni 1985 in der Rechtssache 197/84 (Steinhauser, Slg. 1985, 1819), vom 10. März 1993 in der Rechtssache C-111/91 (Kommission/Luxemburg, Slg. 1993, I-817), vom 30. März 1993 in der Rechtssache C-168/91 (Konstantinidis, Slg. 1993, I-1191).

12 — Die Banken argumentieren aus den Urteilen: vom 15. Dezember 1995 in der Rechtssache C-415/93 (Bosman, Slg. 1995, I-4921) und vom 27. Januar 2000 in der Rechtssache C-190/98 (Graf, Slg. 2000, I-493) für Arbeitnehmer; vom 10. Mai 1995 in der Rechtssache C-384/93 (Alpine Investments, Slg. 1995, I-1141) und vom 13. Mai 2003 in den Rechtssachen C-98/01 (Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 2003, I-4641) und C-463/00 (Kommission/Spanien [Golden Shares], Slg. 2003, I-4581) in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit bzw. die Kapitalverkehrsfreiheit.

22. Auf diesen Tatbestand muss sich die Antwort des Gerichtshofes beschränken. Anders als die Kommission (oben, Nr. 16) bin ich nämlich nicht der Ansicht, dass der Gegenstand der Frage so erweitert werden kann, dass er Anwendungsfälle der in Rede stehenden Maßnahme auf eine Bank umfasst, die die Absicht hat, in Frankreich das Kreditgeschäft über eine Zweigstelle zu betreiben. Denn ein solcher Fall ist nicht nur nicht Gegenstand der vom nationalen Gericht vorgelegten Frage, er ist auch für die Lösung des bei diesem anhängigen Rechtsstreits nicht relevant.

b) Zum Begriff der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

23. Nach dieser Klarstellung und zur Beantwortung der Frage selbst übergehend weise ich vorab darauf hin, dass die fragliche Maßnahme, auch wenn sie nicht den *Zugang zu Bankentätigkeiten* regelt, wahrscheinlich eine erhebliche *Wirkung* — und diesbezüglich stimmen die Beurteilungen der Beteiligten in gewissem Maße überein — *auf die wirtschaftlichen Bedingungen* der Ausübung *dieser Tätigkeiten* hat. Sie schließt nämlich aus, dass ein wichtiges Bankprodukt wie die Sichteinlage auf einem laufenden Konto Zinsen bringen kann, und erschwert so den Wettbewerb unter den Banken für diesen Produkttyp, ermöglicht es jedoch gleichzeitig, dass die andernfalls möglicherweise ein Defizit erwirtschaftenden Basisdienstleistungen der Banken kostenlos bleiben.

24. Die Auffassungen der Beteiligten unterscheiden sich hauptsächlich darin, ob diese Maßnahme aufgrund ihrer Wirkungen als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zu qualifizieren ist, wenn diese Maßnahme auf das Tochterunternehmen eines ursprünglich in einem anderen Mitgliedstaat gegründeten Kreditinstituts angewandt wird.

25. Die Klägerin und die Kommission machen nämlich geltend, dass der Rechtsprechung jedenfalls seit den Urteilen Kraus und Gebhard eine weite Auslegung der Freiheiten im Binnenmarkt zugrunde liege. Daher sei jede nationale Maßnahme verboten, die zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar, aber geeignet sei, die Ausübung der durch den EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten durch die Gemeinschaftsangehörigen zu behindern oder weniger attraktiv zu machen<sup>13</sup>.

26. Weniger attraktiv werde eine wirtschaftliche Tätigkeit im Wesentlichen immer dann, wenn eine bestimmte nationale Maßnahme ihre Rentabilitätsspannen reduziere und damit auch ihre Ausübung durch eine Niederlassung weniger vorteilhaft gestalte.

27. Auch ohne Harmonisierung der Bedingungen der Ausübung einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit auf Gemein-

<sup>13</sup> — Siehe Urteil Kraus (Randnr. 32), Urteil Gebhard (Randnr. 37).

schaftsebene — so führt die Klägerin weiter aus — schränke der Mitgliedstaat, der eine bestimmte Regelung dieser Tätigkeit erlassen oder aufrechterhalten wolle, *bereits dadurch* die Niederlassungsfreiheit von Personen aus einem anderen Mitgliedstaat ein, in dessen Recht geringere Beschränkungen gälten.

28. Die französischen Banken haben Zweifel an der tatsächlichen Bedeutung dieser Urteile geäußert: Wenn man sie unter Berücksichtigung des jeweiligen Sachverhalts lese, beanstandeten sie im Wesentlichen diskriminierende Maßnahmen, die sich *unmittelbar auf den Zugang* zu einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit *auswirkten*.

29. In der Tat ist die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Niederlassungsfreiheit ganz allgemein und zur Freizügigkeit der im Binnenmarkt wirtschaftlich tätigen Personen alles andere als eindeutig und bietet daher, wie es auch dieser Rechtsstreit beweist, Anlass für unterschiedliche, wenn nicht einander widersprechende Auslegungen. Um zu entscheiden, welche der möglichen Auslegungen des Artikels 43 EG den Vorzug verdient, ist somit diese Rechtsprechung zu untersuchen, nicht ohne freilich vorher einen kurzen Blick auf den Vertragstext zu werfen.

30. Artikel 43 EG enthält zwei Absätze. Der erste stellt ein „Verbot der Beschränkungen

der freien Niederlassung ... nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen“ auf.

31. Der zweite Absatz beschreibt den Rahmen, innerhalb dessen dieses Verbot seine Wirkungen entfaltet; danach „umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen ... nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen“.

32. Die traditionelle Gemeinschaftsrechtsprechung neigte dazu, das Wesen der Niederlassungsfreiheit im Grundsatz der Inländerbehandlung zu sehen<sup>14</sup>, und setzte das Verbot von Beschränkungen nach Artikel 43 Absatz 1 EG hauptsächlich mit dem Verbot der (unmittelbaren oder mittelbaren) Diskriminierung in Bezug auf die Aufnahme und die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeiten nach Absatz 2 gleich.

33. Seit dem Urteil Kraus indessen, in dem eine deutsche Regelung in Rede stand, die bestimmte Formalitäten für die Anerkennung der rechtlichen Gültigkeit eines ausländischen akademischen Grades vorschrieb, hat der Gerichtshof offenbar eine strengere

<sup>14</sup> — Siehe in diesem Sinne u. a. Urteile vom 28. April 1977 in der Rechtssache 71/76 (Thieffry, Slg. 1977, 765, insbes. Randnr. 19) und Steinhauser (Randnr. 14).

Prüfung als die der Inländerbehandlung angewandt und grundsätzlich anerkannt, dass auch nicht diskriminierende Maßnahmen eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen können.

34. In diesem Urteil des Gerichtshofes gewinnt nämlich — auch über die mögliche Diskriminierung hinaus — die von der nationalen Maßnahme erzeugte Wirkung an Bedeutung, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit durch Gemeinschaftsangehörige weniger attraktiv zu machen.

35. In diesem Zusammenhang macht der Gerichtshof übrigens offenbar die Entscheidung darüber, ob die fragliche nationale Maßnahme als gegen den EG-Vertrag verstoßende Beschränkung qualifiziert werden kann, nicht davon abhängig, dass sie *unmittelbare Wirkungen auf die Aufnahme* einer wirtschaftlichen Tätigkeit hat; die fragliche Maßnahme sei nämlich schon aufgrund ihrer potenziellen negativen Folgen für die *wirtschaftlichen Vorteile der Ausübung* bestimmter beruflicher Tätigkeiten eine im Sinne von Artikel 52 EG-Vertrag (jetzt Artikel 43 EG) erhebliche Beschränkung<sup>15</sup>.

15 — Siehe insbesondere Randnrn. 21 und 22, die ich hier im Folgenden wiedergebe: „21. [D]er Inhaber eines Grades der im Ausgangsverfahren bezeichneten Art [kann sich] bei der Ausübung seiner Berufstätigkeit insoweit in einer vorteilhaften Lage befinden, als der Besitz dieses Grades ihm *eine höhere Vergütung oder einen schnelleren Aufstieg* sichern oder ihm während seiner Laufbahn zu bestimmten spezifischen Stellen Zugang verschaffen kann, die Personen mit besonders hohen Qualifikationen vorbehalten sind. 22. Ebenso werden die Niederlassung als Selbständiger und jedenfalls *die Ausübung einer entsprechenden beruflichen Tätigkeit* durch die Möglichkeit *erheblich erleichtert*, im Ausland erworbene akademische Grade vorzuweisen, die die inländischen Diplome, die den Zugang zum Beruf eröffnen, ergänzen“. Hervorhebung nur hier.

36. Jedoch kann das Urteil Kraus auch anders gelesen werden, da die vorgenommene sehr strenge Prüfung in höherem Maße auf dem Einzelfall als auf einer allgemeinen Entscheidung für eine bestimmte Auslegung beruhen kann.

37. Will man zu dieser anderen Auslegungsperspektive gelangen, so muss als Ansatz des Gerichtshofes in der Rechtssache Kraus angenommen werden, dass dieser darauf reagieren wollte, dass das deutsche Recht denjenigen, der einen akademischen Grad im Ausland erworben hatte, dadurch benachteiligte, dass die Anerkennung dieses Grades von einer für in Deutschland erworbene akademische Grade nicht vorgeschriebenen Formalität abhängig gemacht wurde.

38. Eben dasselbe könnte man von dem späteren Urteil Gebhard und den kürzlich ergangenen Urteilen Mac Quen<sup>16</sup> und Payroll<sup>17</sup> sagen, in denen es darum ging, die Vereinbarkeit von nationalen Maßnahmen mit dem EG-Vertrag zu beurteilen, die unmittelbar den Zugang zu einem regulierten Beruf nach potenziell diskriminierenden Modalitäten beschränkten.

16 — Urteil vom 1. Februar 2001 in der Rechtssache C-108/96 (Mac Quen, Slg. 2001, I-837).

17 — Urteil vom 17. Oktober 2002 in der Rechtssache C-79/01 (Payroll, Slg. 2002, I-8923).

39. Gleichwohl hat der Gerichtshof bei diesen Gelegenheiten einen recht weiten Begriff der Beschränkung angewandt, nämlich den derjenigen „nationale[n] Maßnahmen, die *die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten* behindern oder *weniger attraktiv machen können*“<sup>18</sup>.

40. Dieselbe Definition wird im Urteil Pfeiffer<sup>19</sup> aus dem Jahre 1999 verwendet. In diesem Fall aber schöpft der Gerichtshof die Definition anders als in jenem voll aus und qualifiziert eine nationale Maßnahme, deren Wirkungen auf die Freizügigkeit bei genauer Betrachtung alles andere als unmittelbar und direkt waren, als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit.

41. Der Gerichtshof hatte über die Vereinbarkeit der österreichischen Regelung über den Schutz der Firma gegen Verwechslungsgefahren mit dem EG-Vertrag zu entscheiden. Es ging darum, dass es dem Tochterunternehmen eines deutschen Unternehmens verboten war, eine bestimmte, bereits vom Mutterunternehmen in Deutschland verwendete Firma zu gebrauchen, die sich mit der Firma eines konkurrierenden österreichischen Unternehmens im Wesentlichen deckte.

42. Die fragliche Maßnahme betraf nicht die Aufnahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit, hier die des Lebensmittelvertriebs, die als solche jedem — inländischen oder ausländischen — Wirtschaftsteilnehmer offen stand. Sie war auch nicht geeignet, unmittelbar oder mittelbar eine Person zu diskriminieren, die von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch gemacht hatte, indem sie sie gegenüber den ursprünglich in diesem Staat niedergelassenen Personen benachteiligt hätte.

43. Nichtsdestotrotz qualifizierte der Gerichtshof die österreichische Regelung als eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit — die er freilich als durch Erfordernisse des Schutzes des gewerblichen Eigentums gerechtfertigt ansah —, soweit sie das deutsche Unternehmen und sein österreichisches Tochterunternehmen zwang, „das Erscheinungsbild ihrer Geschäfte je nach dem Ort der Niederlassung unterschiedlich zu gestalten“<sup>20</sup>.

44. Aufgrund dieses Präzedenzfalls ließe sich sagen, wie dies hauptsächlich die Klägerin tut, dass jede nationale Maßnahme, die die Rentabilitätsspannen einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit reduziere und so, wenn auch nur mittelbar, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit weniger attraktiv mache, eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstelle.

18 — Urteil Gebhard (Randnr. 37). Hervorhebung nur hier.

19 — Zitiert in Fußnote 10.

20 — Urteil Pfeiffer (Randnr. 20).



45. Mehr noch: Wenn *jede* nationale Maßnahme, die — im Sinne des gerade Gesagten — die Ausübung der Freizügigkeit weniger vorteilhaft gestalten kann, grundsätzlich verboten ist, ließe sich sagen, dass mangels einer Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften über die Ausübung einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit der Staat, der die strengeren Bestimmungen auferlegt, schon damit ein Hindernis für die Freiheit der Niederlassung von Personen aus den anderen Mitgliedstaaten schafft.

46. Daraus ließe sich für den vorliegenden Fall ableiten, dass die streitige französische Maßnahme, die den CaixaBank-Konzern zwingt, unterschiedliche Handelsstrategien für sein französisches Tochterunternehmen, also die Klägerin, und für die in den übrigen Mitgliedstaaten tätigen Tochterunternehmen oder Zweigstellen zu entwerfen, schon deshalb eine gegen Artikel 43 EG verstößende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit begründet.

47. In zahlreichen anderen Urteilen jedoch legt der Gerichtshof keinen derart strengen Maßstab an, sondern qualifiziert als verbotene Beschränkungen der Freizügigkeit nur solche nationale Maßnahmen, die den Zugang zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit *unmittelbar behindern* oder eine grundsätzlich *diskriminierende Natur* haben, da sie für die Aufnahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit oder deren Ausübung keine gleichen rechtlichen und tatsächlichen Bedingungen gewährleisten.

48. In diesem Sinne hat der Gerichtshof in den Urteilen *Alpine Investments*<sup>21</sup> aus dem Jahr 1995, *Perfili*<sup>22</sup> aus dem Jahr 1996, *Futura Participations*<sup>23</sup> aus dem Jahr 1997 und *Metallgesellschaft*<sup>24</sup> aus dem Jahr 2001 entschieden.

49. Insbesondere im Urteil *Alpine Investments* liegt die Betonung auf dem Kriterium des *unmittelbaren Zugangshindernisses*.

50. In diesem Fall ging es um eine nationale Regelung, die den in den Niederlanden niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmern der Finanzdienstleistungsmärkte für den Kontakt mit potenziellen Kunden auf dem eigenen Gebiet wie auf dem Gebiet der anderen Mitgliedstaaten den Einsatz des Telefons, insbesondere das „cold calling“<sup>25</sup>, untersagte.

51. Nach Auffassung des Gerichtshofes konnte dieses Verbot, obschon unterschiedslos anwendbar, gleichwohl „eine Beschränkung des grenzüberschreitenden freien Dienstleistungsverkehrs darstellen“, soweit es den „betroffenen Wirtschaftsteilnehmern ... ein schnelles und direktes Mittel der Werbung und der Kontaktaufnahme mit potenziellen Kunden in anderen Mitgliedstaaten [nahm]“<sup>26</sup>.

21 — Zitiert in Fußnote 12.

22 — Urteil vom 1. Februar 1996 in der Rechtssache C-177/94 (*Perfili*, Slg. 1996, I-161).

23 — Urteil vom 15. Mai 1997 in der Rechtssache C-250/95 (*Futura Participations*, Slg. 1997, I-2471).

24 — Urteil vom 8. März 2001 in den verbundenen Rechtssachen C-397/98 und C-410/98 (*Metallgesellschaft und Hoechst*, Slg. 2001, I-1727).

25 — Es handelt sich um den Einsatz des Telefons, um potenziellen Kunden Dienstleistungen ohne deren vorherige Zustimmung anzubieten.

26 — Urteil *Alpine Investments* (Randnr. 28).

52. In Beantwortung eines Einwands, der sich auf die mögliche analoge Anwendung des bekannten Urteils Keck und Mithouard stützte (zu dem ich später ausführlicher in den Nrn. 71 ff. kommen werde), hob der Gerichtshof außerdem hervor, dass „[e]in Verbot wie das hier streitige ... von dem Mitgliedstaat aus[geht], in dem der Leistungserbringer ansässig ist, und ... nicht nur die Angebote [betrifft], die er Leistungsempfängern gemacht hat, die im Gebiet dieses Staates ansässig sind oder sich dorthin begeben, um Dienstleistungen entgegenzunehmen, sondern auch die Angebote an Leistungsempfänger in einem anderen Mitgliedstaat“. Daraus folgte nach Auffassung des Gerichtshofes, dass ein solches Verbot „unmittelbar den Zugang zum Dienstleistungsmarkt in den anderen Mitgliedstaaten [beeinflusst]“ und daher „geeignet [ist], den innergemeinschaftlichen Dienstleistungsverkehr zu behindern“<sup>27</sup>.

53. Damit dürfte der Gerichtshof klargestellt haben, dass eine unterschiedslos anwendbare nationale Maßnahme nur dann eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt, wenn sie den Zugang zum Dienstleistungsmarkt in den anderen Mitgliedstaaten unmittelbar beeinflusst. Dagegen genügt es hierfür nicht, „dass andere Mitgliedstaaten in ihrem Gebiet ansässige Erbringer gleichartiger Dienstleistungen weniger strengen Vorschriften unterwerfen“<sup>28</sup>.

54. Ähnliche Ausführungen wie im Urteil Alpine Investments finden sich in den Urteilen Bosman<sup>29</sup> aus dem Jahr 1995, Semeraro Casa<sup>30</sup> aus dem Jahr 1996, SETTG<sup>31</sup> aus dem Jahr 1997, Zenatti<sup>32</sup> aus dem Jahr 1999 und Graf<sup>33</sup> aus dem Jahr 2000.

55. Besonders das zuletzt genannte Urteil, das der Gerichtshof als Plenum erlassen hat, ist von Interesse. Es ging nämlich um die Vereinbarkeit nationaler Vorschriften mit dem EG-Vertrag, die einen Arbeitnehmer potenziell daran hinderten, eine Arbeitsstelle zu kündigen, um eine andere Stelle — möglicherweise in einem anderen Mitgliedstaat — anzunehmen, weil sie in solchen Fällen eine Abfindung ausschlossen und damit den Wechsel wirtschaftlich weniger interessant machten.

56. Der Gerichtshof sah diese Maßnahme nicht als Beschränkung der Freizügigkeit im Binnenmarkt an. Unter Bezugnahme auf den Präzedenzfall des Urteils Alpine Investments stellte er vielmehr den Grundsatz auf, dass „[a]uch unterschiedslos anwendbare Vorschriften, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats daran hindern oder davon abhalten, von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen“, eine Beschränkung

27 — Randnr. 38; Hervorhebung nur hier.

28 — Randnr. 27. Zuvor in diesem selben Sinne: Urteile vom 28. Juni 1978 in der Rechtssache 1/78 (Kenny, Slg. 1978, 1489, Randnr. 18), vom 3. Juli 1979 in den verbundenen Rechtssachen 185/78 bis 204/78 (Van Dam en Zonen u. a., Slg. 1979, 2345, Randnr. 10), vom 7. Mai 1992 in den verbundenen Rechtssachen C-251/90 und C-252/90 (Wood und Cowie, Slg. 1992, I-2873, Randnr. 19), vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-379/92 (Peralta, Slg. 1994, I-3453, Randnr. 48), Perilli (Randnr. 17).

29 — Zitiert in Fußnote 12.

30 — Urteil vom 20. Juni 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-418/93 bis C-421/93, C-460/93 bis C-462/93, C-464/93, C-9/94 bis C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 und C-332/94 (Semeraro Casa, Slg. 1996, I-2975).

31 — Urteil vom 5. Juni 1997 in der Rechtssache C-398/95 (SETTG, Slg. 1997, I-3091).

32 — Urteil vom 21. Oktober 1999 in der Rechtssache C-67/98 (Zenatti, Slg. 1999, I-7289).

33 — Zitiert in Fußnote 12.

dieser Freiheit darstellen, die durch den Vertrag grundsätzlich nur dann verboten seien, „wenn sie den Zugang der Arbeitnehmer zum Arbeitsmarkt [unmittelbar] beeinflussen“<sup>34</sup>. Das ist nicht der Fall, wenn die beschränkende Wirkung „zu ungewiss und ... zu indirekt [ist]“<sup>35</sup>.

wirtschaftlichen Tätigkeit regeln, *ohne den Zugang zu dieser unmittelbar zu beeinflussen* und *ohne* rechtlich oder tatsächlich zwischen den inländischen und den ausländischen Wirtschaftsteilnehmern *zu diskriminieren*, meines Erachtens kaum allein *deshalb* als dem EG-Vertrag widersprechende Beschränkungen qualifiziert werden können, weil sie die Ausübung dieser Tätigkeit *wirtschaftlichweniger vorteilhaft machen*.

57. Nun ist der Punkt erreicht, an dem versucht werden kann, die Fäden der bisherigen Untersuchung zusammenzuführen. Wie bereits gesagt, lässt sich die angeführte Rechtsprechung kaum auf einen Nenner bringen und erlaubt daher, wie gerade in diesem Fall, gegensätzliche Auslegungen.

59. Eine derartige Auslegung, die sich freilich in gewissem Maße auf das Urteil Pfeiffer stützen ließe, widerspräche, erstens, der Zuständigkeitsverteilung nach dem EG-Vertrag.

58. Vorauszuschicken ist, dass nationale Bestimmungen, die die Ausübung einer

60. Bekanntlich haben nämlich die Bestimmungen über die Niederlassung der Gemeinschaft nicht die allgemeine Zuständigkeit übertragen, die selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeiten zu regeln. Diese Bestimmungen haben vielmehr die staatlichen Zuständigkeiten in diesem Bereich aufrechterhalten und sich darauf beschränkt, Diskriminierungen und Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit zu verbieten und punktuelle Gemeinschaftszuständigkeiten für die Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften festzulegen (Artikel 57 Absätze 1 und 2 EG-Vertrag, jetzt Artikel 47 Absätze 1 und 2 EG).

34 – Urteil Graf (Randnr. 23). Hervorhebung nur hier. Im französischen Text sowie in den anderen Sprachfassungen findet sich das Adverb „directement“ [unmittelbar] nicht; dort steht nämlich: „pour être aptes à constituer de telles entraves, il faut qu’elles conditionnent l’accès des travailleurs au marché du travail“. Bei der Anwendung dieses Kriteriums auf jenen Fall insbesondere hob der Gerichtshof hervor, dass „[e]ine Regelung wie die im Ausgangsverfahren streitige ... eindeutig nicht geeignet [ist], den Arbeitnehmer daran zu hindern oder davon abzuhalten, sein Arbeitsverhältnis zu beenden, um eine unselbständige Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber auszuüben, denn der Abfertigungsanspruch hängt nicht von der Entscheidung des Arbeitnehmers ab, ob er bei seinem derzeitigen Arbeitgeber bleibt oder nicht, sondern von einem zukünftigen hypothetischen Ereignis, nämlich einer späteren Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die der Arbeitnehmer selbst weder herbeigeführt noch zu vertreten hat.“

35 – Randnr. 25. In jenem Fall wäre der Verlust des Anspruchs auf die Kündigungabfindung nach Auffassung des Gerichtshofes „zu ungewiss und wirkte zu indirekt, als dass eine Regelung, die an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer selbst ausdrücklich nicht dieselbe Rechtsfolge knüpft wie an eine Beendigung, die er weder herbeigeführt noch zu vertreten hat, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beeinträchtigen konnte“.

61. Mangels einer solchen Harmonisierung bleiben die Mitgliedstaaten somit grundsätzlich dafür zuständig, die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeiten durch nicht diskriminierende Maßnahmen zu regeln.

62. Zweitens würde diese Auslegung es — nationalen wie ausländischen — Wirtschaftsteilnehmern ermöglichen, Artikel 43 EG missbräuchlich zu nutzen, um gegen jede nationale Maßnahme vorzugehen, die als reine Regelung der Ausübungsmodalitäten einer wirtschaftlichen Tätigkeit letztlich die Gewinnspannen und damit den Vorteil, der sich aus dieser bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit ziehen lässt, beschränken kann.

Vertrag garantierten Freiheiten [nur dann] behindern oder weniger attraktiv machen können“ und somit Beschränkungen dieser Freiheiten nur dann darstellen, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind.

63. Damit würde jedoch der EG-Vertrag zu einem Zweck missbraucht, der ihm fremd ist: Es ginge nicht um die Errichtung eines Binnenmarktes, in dem Bedingungen gelten, die denen eines einheitlichen Marktes entsprechen, und in dem sich die Wirtschaftsteilnehmer frei bewegen können, sondern um diejenigen eines Marktes ohne Regeln. Oder besser: eines Marktes, in dem Regeln grundsätzlich verboten sind, soweit sie nicht erforderlich und angemessen sind, um zwingenden Erfordernissen des Gemeinwohls zu genügen.

66. Insbesondere bin ich der Ansicht, dass eine nationale Maßnahme, *wenn der Grundsatz der Nichtdiskriminierung beachtet wird* — und mithin sowohl rechtlich als auch tatsächlich gleiche Bedingungen im Hinblick auf den Zugang zu wie auf die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit bestehen –, nicht als Beschränkung der Freizügigkeit qualifiziert werden kann, sofern sie unter Berücksichtigung ihres Gegenstands und ihrer Wirkungen *den Zugang zum Markt nicht unmittelbar beeinflusst*.

64. Ich halte das nicht für richtig.

65. Ich halte es vielmehr für zweckmäßig, die verschiedenen in der Gemeinschaftsrechtsprechung enthaltenen Auslegungsansätze zur Geltung zu bringen, nach denen nationale Maßnahmen, die lediglich abstrakt geeignet sind, sich auf die Freizügigkeit auszuwirken, „die Ausübung der durch den

67. Entsprechende Ansätze finden sich unmittelbar oder mittelbar in einem großen Teil der oben angeführten<sup>36</sup> Urteile; sie sind besonders stark in den Urteilen *Alpine Investments* und *Graf*<sup>37</sup> entwickelt, in denen der Gerichtshof Vorschriften im Bereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und der Dienstleistungsfreiheit auszulegen hatte, gleichwohl aber einen allgemeinen Grundsatz zum Ausdruck gebracht hat, der auf den gesamten Bereich der Freizügigkeit, einschließlich der Niederlassungsfreiheit, anwendbar ist.

36 — Nrn. 48 ff.

37 — Oben, Nrn. 55 ff.

68. Dieser Auslegungsansatz kann meiner Meinung nach außerdem das Ziel, die verschiedenen nationalen Märkte in einem gemeinsamen einheitlichen Markt aufgehen zu lassen, mit dem Fortbestand der allgemeinen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Regelung der wirtschaftlichen Tätigkeiten in Einklang bringen.

69. Im Übrigen erlaubt es — wie dies zutreffend die französische Regierung und die Streithelferinnen hervorgehoben haben — dieses Beurteilungskriterium auch, die erhebliche Entwicklung, die die Rechtsprechung zur Freiheit des Warenverkehrs in den letzten zehn Jahren erfahren hat, im Bereich der Freizügigkeit zu berücksichtigen.

70. Wie der Gerichtshof im Urteil Keck<sup>38</sup> aus dem Jahr 1993 und der nachfolgenden inzwischen ständigen Rechtsprechung festgestellt hat, behindert die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne von Artikel 28 EG nicht, sofern diese Bestimmungen für alle Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren<sup>39</sup>.

38 — Urteil vom 24. November 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-267/91 und C-268/91 (Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097).

39 — Urteil Keck (Randnr. 16).

71. Aus diesem Grund, so führt der Gerichtshof weiter aus, ist die Anwendung derartiger Regelungen, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, „nicht geeignet, den Marktzugang für [die Erzeugnisse aus einem anderen Mitgliedstaat] zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut“<sup>40</sup>.

72. Die Ratio der Keck-Rechtsprechung liegt somit in dem zweifachen Kriterium des *Zugangs zum Markt* und der *Diskriminierung*: Eine Beschränkung des freien Warenverkehrs stellt jede nationale Maßnahme dar, die den Zugang zum Markt für Erzeugnisse aus einem anderen Mitgliedstaat versperrt oder stärker behindert, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut<sup>41</sup>.

73. Zusammenfassend ist bei genauer Betrachtung der in der Rechtsprechung zum Warenverkehr seit dem Urteil Keck angewandte Maßstab derselbe, der später hin-

40 — Urteil Keck (Randnr. 17). Hervorhebung nur hier.

41 — Siehe in diesem Sinne außer dem Urteil Keck (Randnr. 17) u. a. die Urteile vom 15. Dezember 1993 in der Rechtssache C-292/92 (Hunermund u. a., Slg. 1993, I-6787, Randnr. 21), vom 2. Juni 1994 in den verbundenen Rechtssachen C-401/92 und C-402/92 (Boermans, Slg. 1994, I-2199, Randnr. 12), vom 9. Februar 1995 in der Rechtssache C-412/93 (Leclere-Siplec, Slg. 1995, I-179, Randnr. 21), vom 29. Juni 1995 in der Rechtssache C-319/92 (Kommission/Griechenland, Slg. 1995, I-1621, Randnr. 13), vom 13. Januar 2000 in der Rechtssache C-254/98 (TK-Heimdienst, Slg. 2000, I-151, Randnr. 26), vom 8. März 2001 in der Rechtssache C-405/98 (Gourmet, Slg. 2001, I-1795, Randnr. 18). Vgl. im selben Sinne die Schlussanträge von Generalanwalt Fennelly in der Rechtssache C-190/98, Graf, Nr. 19. Vgl. zuletzt Urteil vom 11. Dezember 2003 in der Rechtssache C-322/01 (Deutscher Apothekerverband, Slg. 2003, I-14887, Randnrn. 67 ff.).

sichtlich der Freizügigkeit in den Urteilen Alpine Investments<sup>42</sup> und Graf<sup>43</sup> angewandt wird.

74. Zudem steht dieser Maßstab — der im Bereich der Freizügigkeit bereits in einem großen Teil der Entscheidungen des letzten Jahrzehnts im Wesentlichen angewandt wurde<sup>44</sup> — nicht in Widerspruch zu dem vom Gerichtshof in den Urteilen Kraus und Gebhard entwickelten Ansatz.

75. Er stellt nämlich nur die Grenzen der in diesen Urteilen festgestellten Beschränkung klar, ohne jedoch deren Geist in Frage zu stellen. Die Klarstellung, die ich oben vorgeschlagen habe (Nr. 66), soll nämlich nur vermeiden helfen, dass aus einer zu vagen Formulierung dieser Beschränkung verzerrte Lesarten der Freizügigkeit abgeleitet werden können, nach denen als verbotene Beschränkungen auch Maßnahmen zu gelten hätten, deren Wirkungen auf die Ausübung dieser Freiheit rein hypothetisch oder jedenfalls ganz ungewiss und mittelbar sind.

42 — Oben, Nrn. 49. ff.

43 — Oben, Nrn. 55 ff.

44 — Oben, Nrn. 44 ff. Vgl. außerdem für einen Ansatz, der mit dem im Text entworfenen vereinbar ist, die Urteile vom 5. November 2002 in der Rechtssache C-208/00 (Überseering, Slg. 2002, I-9919, Randnrn. 78 ff: vollständige Zugangsverweigerung), vom 21. November 2002 in der Rechtssache C-436/00 (X und Y, Slg. 2002, I-10829, Randnrn. 36 und 37: mittelbare Diskriminierung), vom 6. November 2003 in der Rechtssache C-243/01 (Gambelli, Slg. 2003, I-13031, Randnr. 48: mittelbare Diskriminierung).

76. Ich glaube somit den Schluss ziehen zu können, dass ganz allgemein nationale Vorschriften eines Mitgliedstaats, die die Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten regeln, dem EG-Vertrag widersprechende Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit darstellen, wenn sie den von dieser Freiheit Gebrauch machenden Wirtschaftsteilnehmer gegenüber einem inländischen Wirtschaftsteilnehmer rechtlich oder tatsächlich benachteiligen oder jedenfalls — aufgrund ihres Gegenstands und ihrer Wirkungen — seinen Zugang zum Markt unmittelbar berühren.

#### c) Qualifizierung der streitigen Maßnahme

77. Ich komme nun zu der im vorliegenden Fall relevanten französischen Maßnahme, also zur Anwendung des Verbots der Verzinsung der Sichteinlagen auf laufenden Konten bei einem Tochterunternehmen eines ausländischen Kreditinstituts wie der Klägerin.

78. Nach dem soeben allgemein formulierten Auslegungsansatz muss die Überprüfung dieser Maßnahme in folgenden Stufen erfolgen. Vorab ist zu fragen, ob sie *rechtlich diskriminierend* ist oder ob sie eine *Regelung des Zugangs* zur Banktätigkeit darstellt. Wird dies verneint, ist zu prüfen, ob sie gleichwohl solche Tochterunternehmen *tatsächlich* gegenüber den traditionell auf dem französi-

schen Markt tätigen Wettbewerbern *benachteiligt* oder schließlich, ob die Maßnahme jedenfalls angesichts ihrer *Wirkungen* ein *unmittelbares Hindernis für den Zugang* zum Kreditmarkt begründet.

79. Ohne weiteres lässt sich ausschließen, dass die fragliche Maßnahme rechtlich diskriminierend ist — darüber, scheint mir, besteht zwischen den Parteien im Wesentlichen Einigkeit —, weil sie rein formal ausländische Personen hinsichtlich der Bedingungen der Ausübung der Banktätigkeit gegenüber inländischen Personen nicht benachteiligt.

80. Beim zweiten Punkt lässt sich ebenso leicht ausschließen, dass die fragliche Maßnahme eine *Regelung des Zugangs zur Banktätigkeit darstellt*.

81. Bekanntlich ist — nach der Richtlinie 2000/12<sup>45</sup> — der Zugang zur Banktätigkeit nämlich von der Zulassung durch die zuständige nationale Behörde abhängig. Die Voraussetzungen der Zulassung werden von den Mitgliedstaaten in Durchführung der harmonisierten Kriterien gemäß der Richtlinie festgelegt und betreffen die Rechtsform,

das Gesellschaftskapital, bestimmte Anforderungen an die Ehrbarkeit der Gesellschafter, die eine erhebliche Beteiligung halten, und Ähnliches (siehe oben, Nr. 5 und Fußnote 3).

82. Keine dieser Voraussetzungen wird von der Regelung über die Verzinsung der Sichteinlagen auf Girokonten geändert, die nur eine Ausübungsmodalität der Banktätigkeit einer zugelassenen Niederlassung regelt.

83. Hiernach bleiben die beiden weiteren, oben in Nummer 77 genannten Punkte zu überprüfen, d. h. ob die fragliche Maßnahme geeignet ist, die französischen Tochterunternehmen ausländischer Banken gegenüber den ursprünglich in Frankreich ansässigen Kreditinstituten tatsächlich zu benachteiligen, und ob sie daher *im Wesentlichen* diskriminierend ist oder ob sie — aufgrund ihrer Wirkungen — jedenfalls den Zugang zum Kreditmarkt unmittelbar berührt.

84. Nach meinem Verständnis sind für diese Beurteilung die Wirkungen entscheidend, die die fragliche Maßnahme auf dem französischen Kreditmarkt konkret erzeugen kann. Es handelt sich also um eine tatsächliche Beurteilung, die grundsätzlich Sache des nationalen Gerichts ist<sup>46</sup>.

46 — Vgl. unter vielen: Urteile vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-107/98 (Teckal, Slg. 1999, I-8121, Randnrn. 29 und 31), vom 22. Juni 2000 in der Rechtssache C-318/98 (Fornasar u. a., Slg. 2000, I-4785, Randnr. 32), vom 16. Oktober 2003 in der Rechtssache C-421/01 (Traunfellner, Slg. 2003, I-11941, Randnr. 21).

45 — Oben, Nr. 5.

85. Dabei muss das Gericht sich die Frage stellen, ob die fragliche nationale Maßnahme wirklich, wie die Klägerin und die Kommission im Wesentlichen vortragen, die Tochterunternehmen ausländischer Banken daran hindert, bei der Entgegennahme von Einlagen mit den traditionell in Frankreich ansässigen und über ein umfassendes Filialnetz verfügenden Banken wirksam in Wettbewerb zu treten, oder ob sich auf diesem Markt andere relevante Wettbewerbsmöglichkeiten ergeben, wie dies die französische Regierung und die französischen Banken behaupten.

86. Insbesondere geht es um die Feststellung, ob auf dem französischen Kreditmarkt andere frei verzinsliche Einlageformen verfügbar sind, bei denen ein *wirksamer* Wettbewerb zwischen den Banken um die Entgegennahme von Einlagen möglich ist.

87. Wäre dies nämlich nicht der Fall, wäre das Tochterunternehmen einer ausländischen Bank, da es sich nicht durch die Entgegennahme von Einlagen leicht Kapital beschaffen könnte, gezwungen, den Bankenmarkt in Anspruch zu nehmen, um die eigenen Kreditgeschäfte zu finanzieren. Dann hätte es höhere Kosten zu tragen als die traditionell in Frankreich ansässigen Banken, die bei der Entgegennahme von Einlagen aufgrund ihres umfassenden Filialnetzes einen Positionsvorteil auf dem Markt haben.

88. Das führte zu dem Schluss, dass die fragliche Maßnahme geeignet ist, die Tochterunternehmen ausländischer Banken gegenüber den französischen Banken *tatsächlich* zu benachteiligen, und daher eine vom EG-Vertrag verbotene Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt.

89. Unter solchen Umständen würde diesen Banken außerdem angesichts des Verbots, verzinsten Sichtkonten auf dem Markt anzubieten, das einzig wirksame Instrument genommen, Kundschaft auf dem französischen Markt anzuwerben. Daraus wäre der Schluss zu ziehen, dass die streitige Maßnahme unter Berücksichtigung ihrer Wirkungen auch geeignet ist, den *Zugang* der Tochterunternehmen ausländischer Banken *zum* französischen Markt *unmittelbar zu behindern*, so dass auch unter diesem Gesichtspunkt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit im Sinne von Artikel 43 EG vorläge<sup>47</sup>.

#### d) Abschließende Erwägungen

90. Abschließend schlage ich daher dem Gerichtshof vor, die erste Frage des französi-

47 — In der erörterten Hypothese hätte das Verbot der Verzinsung für Girokonten eine in gewisser Weise ähnliche Wirkung wie das Verbot des „cold calling“, das im Urteil Alpine Investments untersucht wurde (oben, Nr. 50 ff.). Seinerzeit wurde das Verbot, wie gezeigt, so beurteilt, dass es „eine Beschränkung des grenzüberschreitenden freien Dienstleistungsverkehrs darstellen [kann]“, soweit es den „betroffenen Wirtschaftsteilnehmern ... ein schnelles und direktes Mittel der Werbung und der Kontaktaufnahme mit potenziellen Kunden in anderen Mitgliedstaaten [nahm]“ (Randnr. 28).



schen Conseil d'État in dem Sinne zu beantworten, dass nationale Vorschriften eines Mitgliedstaats, die die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit regeln, von Artikel 43 EG grundsätzlich verbotene Beschränkungen der Freiheit der Niederlassung darstellen, wenn sie den von dieser Freiheit Gebrauch machenden Wirtschaftsteilnehmer gegenüber einem in diesem Mitgliedstaat ansässigen Wirtschaftsteilnehmer rechtlich oder tatsächlich benachteiligen oder jedenfalls seinen Zugang zum Markt unmittelbar berühren.

91. Eine nationale Maßnahme wie das Verbot der Verzinsung von in Euro geführten Sichtkonten stellt eine von Artikel 43 EG verbotene Beschränkung der Freiheit der Niederlassung dar, wenn sie die Tochterunternehmen ausländischer Banken daran hindert, bei der Entgegennahme von Einlagen mit den traditionell im Inland ansässigen und über ein umfassendes Filialnetz verfügenden Banken wirksam in Wettbewerb zu treten.

92. Es ist Sache des nationalen Gerichts, dies zu beurteilen und insbesondere zu prüfen, ob auf dem französischen Kreditmarkt andere frei verzinsliche Einlageformen verfügbar sind, bei denen ein wirksamer Wettbewerb auf jenem Markt möglich ist.

### *Zur zweiten Frage*

93. Mit der zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob es Gründe des Allgemeininteresses gibt, die eine Beschränkung der Freiheit der Niederlassung, wie sie sich möglicherweise aus der Anwendung der in Rede stehenden nationalen Maßnahme ergibt, rechtfertigen können.

94. Ich schicke voraus, dass es im Rahmen der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen dem Gerichtshof und dem nationalen Gericht Sache nicht des Gerichtshofes, sondern des vorlegenden Gerichts ist — wenn dieses der Auffassung ist, dass die fragliche nationale Maßnahme als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit im Sinne von Artikel 43 EG anzusehen sei —, zu beurteilen, ob diese Beschränkung gerechtfertigt ist oder nicht<sup>48</sup>.

95. Doch kann der Gerichtshof bekanntlich, wenn er auf Vorlage entscheidet, gegebenenfalls Klarstellungen vornehmen und Auslegungskriterien angeben, um dem nationalen Gericht eine Richtschnur für den von ihm zu entscheidenden Rechtsstreit zu geben<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> — Urteile vom 4. Juli 2000 in der Rechtssache C-424/97 (Ham, Slg. 2000, I-5123, Randnr. 58), Payroll (Randnr. 29).

<sup>49</sup> — Ebenda.

96. Dabei ist das vorliegende Gericht im Wesentlichen darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung nationale Maßnahmen, die Beschränkungen der Freizügigkeit darstellen, jedoch für alle im Aufnahmemitgliedstaat tätigen Personen oder Unternehmen gelten, gerechtfertigt sein können, wenn sie zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses entsprechen, soweit sie geeignet sind, das mit ihnen verfolgte Ziel zu verwirklichen, und nicht über das hinausgehen, was zu seiner Erreichung erforderlich ist<sup>50</sup>.

97. Frankreich und die als Streithelferinnen beigetretenen französischen Banken haben im Wesentlichen vorgetragen, dass die in Rede stehende Maßnahme durch zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes gerechtfertigt und darüber hinaus Ausdruck wichtiger wirtschaftspolitischer Entscheidungen der französischen Regierung sei.

98. Was den Verbraucherschutz angehe, so führe die Aufhebung des in Rede stehenden Verbots zu einem erheblichen Anstieg der Kosten für die Führung der Girokonten. Folglich sähen sich die Banken gezwungen, vom Verbraucher ein Entgelt für gegenwärtig kostenlos erbrachte Bankdienstleistungen,

darunter für die Scheckausstellung und die Abhebung von Bargeld an Geldautomaten, zu fordern.

99. Das Verbot der Verzinsung der Sichteinlagen auf Girokonten sei weiter Ausdruck einer bestimmten wirtschaftspolitischen Entscheidung, die auch zum Zweck der Inflationsbekämpfung Anreize für das mittel- und langfristige Sparen setzen wolle.

100. Nach Auffassung der Klägerin und der Kommission sind diese Erfordernisse nicht geeignet, die fragliche Maßnahme zu rechtfertigen. Jedenfalls entspreche die Letztere nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

101. Ich meine, dass sowohl der Anreiz zum Sparen als auch der Verbraucherschutz schutzwürdige Ziele darstellen und die streitige Maßnahme tatsächlich geeignet erscheint, sie zu verfolgen. Ich glaube jedoch, dass das vom französischen Gesetzgeber gewählte Instrument aus den folgenden Gründen über das hinausgeht, was für ihre Erreichung erforderlich ist.

102. Was den Anreiz zum langfristigen Sparen angeht, erscheint es mir offen geblieben wenig wahrscheinlich, dass das ein-

50 — Urteile Kraus (Randnr. 32), Gebhard (Randnr. 37), vom 9. März 1999 in der Rechtssache C-212/97 (Centros, Slg. 1999, I-1459, Randnr. 34), Pfeiffer (Randnr. 19), Haim (Randnr. 57), Payroll (Randnr. 28).

zig praktikable Instrument das schlichte Verbot der Verzinsung kurzfristiger Sparguthaben sein soll. Maßnahmen wie eine Obergrenze für die Zinssätze für Sichteinlagen oder von Anreizen für mittel- und langfristige Investitionen wären nämlich wenigstens auf den ersten Blick völlig adäquate Alternativen.

ßend zu beurteilen, denn es ist Aufgabe des nationalen Gerichts, festzustellen, ob die in der Gemeinschaftsrechtsprechung aufgestellten Bedingungen (auf die oben in Nr. 96 hingewiesen wurde) in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit erfüllt sind.

103. Was sodann den Verbraucherschutz angeht, neige ich dem Argument der Klägerin zu, dass der Verbraucherschutz, insbesondere die Kostenfreiheit der Basisbankdienstleistungen, durch weniger beschränkende Mittel angemessen gewährleistet werden kann.

106. Es ist nicht ausgeschlossen, dass vor diesem Gericht Umstände zu Tage treten oder Gesichtspunkte vorgetragen werden, die eine Maßnahme der erörterten Art rechtfertigen können. Nach meinem derzeitigen Kenntnisstand kann die fragliche Maßnahme jedoch nicht als durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses, wie den Verbraucherschutz und den Anreiz zum Sparen, gerechtfertigt angesehen werden.

104. Hierfür dürfte es nämlich ausreichen, die Banken zu verpflichten, den Verbrauchern auf Antrag ein nicht verzinste, aber mit kostenlosen Basisbankdienstleistungen verbundenes Sichtkonto anzubieten, ihnen aber zu gestatten, auch verzinste Sichtkonten anzubieten, denen gegebenenfalls entgeltliche Basisbankdienstleistungen entsprechen.

107. Ich schlage dem Gerichtshof daher vor, auf die zweite vom französischen Conseil d'État vorgelegte Frage in dem Sinne zu antworten, dass eine nationale Maßnahme wie die in Rede stehende nach dem Kenntnisstand des Gerichtshofes, wenn sie denn eine Beschränkung der Freiheit der Niederlassung im Sinne von Artikel 43 EG darstellt, nicht durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses, wie sie im vorliegenden Fall geltend gemacht wurden, insbesondere den Verbraucherschutz und den Anreiz zum Sparen, gerechtfertigt ist.

105. Zu wiederholen ist freilich, dass es nicht Sache des Gerichtshofes ist, dies abschlie-

#### IV — Ergebnis

108. Aufgrund alldessen schlage ich dem Gerichtshof vor, die ihm vom französischen Conseil d'État vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Nationale Vorschriften eines Mitgliedstaats, die die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit regeln, stellen von Artikel 43 EG grundsätzlich verbotene Beschränkungen der Freiheit der Niederlassung dar, wenn sie den von dieser Freiheit Gebrauch machenden Wirtschaftsteilnehmer gegenüber einem in diesem Mitgliedstaat ansässigen Wirtschaftsteilnehmer rechtlich oder tatsächlich benachteiligen oder jedenfalls seinen Zugang zum Markt unmittelbar berühren.

Eine nationale Maßnahme wie das Verbot der Verzinsung von in Euro geführten Sichtkonten stellt eine von Artikel 43 EG verbotene Beschränkung der Freiheit der Niederlassung dar, wenn sie die Tochterunternehmen ausländischer Banken daran hindert, bei der Entgegennahme von Einlagen mit den traditionell im Inland ansässigen und über ein umfassendes Filialnetz verfügenden Banken wirksam in Wettbewerb zu treten.

Es ist Sache des nationalen Gerichts, dies zu beurteilen und insbesondere zu prüfen, ob auf dem französischen Kreditmarkt andere frei verzinsliche Einlageformen verfügbar sind, bei denen ein wirksamer Wettbewerb auf jenem Markt möglich ist.

2. Wenn eine nationale Maßnahme wie die in Rede stehende eine Beschränkung der Freiheit der Niederlassung im Sinne von Artikel 43 EG darstellt, ist sie nach dem Kenntnisstand des Gerichtshofes nicht durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses, wie sie im vorliegenden Fall geltend gemacht wurden, insbesondere den Verbraucherschutz und den Anreiz zum Sparen, gerechtfertigt.